Erörterungen,

ob und inwieweit die sächsisch rechtlichen Bestimmungen über die Vormerkung und das behufs deren Verlautbarung einzuschlagende Verfahren durch die neuere Gesetzgebung beeinflusst worden sind,

von

Rechtsanwalt Koch,

BÖSDORF.

Tübingen
1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552309_0028

Inhaltsverzeichniss.

Seite

Einleitung — § 1. — 1

I. Die sächsisch rechtlichen Bestimmungen über die Vormerkung und das behufs deren Verlautbarung einzuschlagende Verfahren, wie sie am 30. September 1879 in Geltung waren.

A. Allgemeines — § 2. — 2

B. Voraussetzungen für die Vormerkung — § 3. — 13

C. Wirkung der Vormerkung — § 4. — 19

D. Verfahren behufs Verlautbarung einer Vormerkung — § 5. — 20

II. Einfluss der neueren Gesetzgebung auf den unter I geschilderten Rechtszustand

A. Allgemeines — § 6. — 23

B. Einfluss der Civil-Prozess-Ordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes.

AA. Darstellung der in dieser Richtung in Litteratur und Praxis vertretenen Ansichten — § 7. — 24

BB. Anträge auf Vormerkung sind nach dem Inkrafttreten der Civil-Prozess-Ordnung als Anträge **auf Erlass einstweiliger Verfügungen** zu behandeln und unterstehen der Entschliessung der ordentlichen Gerichte.

a. Nach der Gerichtsordnung ist die Entschliessung des Hypothekenrichters auf Vormerkungsanträge Ausübung der **streitigen** Gerichtsbarkeit — § 8. — 28

b. Seiner **rechtlichen** Natur nach ist der Antrag auf Vormerkung ein Behelf der streitigen Gerichtsbarkeit.

aa. Begriff der streitigen Gerichtsbarkeit — § 9. — 29

bb. Anträge auf Vormerkung von Forderungen mit gesetzlichem Rechtsgrunde zur Eintragung — § 10. — 31

cc. Anträge auf Vormerkung von Forderungen mit anderem als gesetzlichen Rechtsgrund zur Eintragung — § 11. — 31

Seite

C. Die Vorschriften der Civil-Prozess-Ordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes.
aa. Allgemeines — § 12. — 34
bb. Zuständigkeit für Entschliessung auf Vormerkungsanträge — § 13. — 35
cc. Verfahren
I. Antrag — § 14. — 36
II. Entschliessung des Gerichts und Rechtsmittel — § 15. — 36
III. Vollzug der auf Vormerkung gerichteten einstweiligen Verfügungen — § 16. — 38
D. Einfluss der Konkursordnung — § 17. — 39
E. Einfluss des Königl. Sächsischen Gesetzes vom 15. 8. 1884 die Zwangsversteigerung betreffend — § 18. — 40

F. (Nachtrag). Die Vormerkung im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. — § 19. — 43

§ 1.

Einleitung.

Die beiden Rechtsregeln

Reichsrecht bricht Landrecht

und

lex posterior derogat priori

geben trotz ihrer anscheinlichen Einfachheit und Kürze zu vielen Zweifeln im heutigen Rechtsleben Anlass.

Alle diese Zweifel eingehender zu behandeln, kann und wird nicht Sache der Kommentatoren und Verfasser der Lehrbücher des heute geltenden Rechts sein.

Es erscheint dies dem Verfasser der nachstehenden Abhandlung als ein Fingerzeig, dass eine Erläuterung der obenerwähnten Zweifelsfragen ermöglicht werden kann, wenn kleinere Arbeiten sich mit einzelnen derselben beschäftigen und ihren Beitrag zur Lösung derselben zu geben versuchen.

Aus diesem Gesichtspunkte erklärt sich die nachfolgende Abhandlung.

In derselben ist von neuerer Gesetzgebung die Rede. Der Verfasser will damit verstanden wissen die seit dem 1. Oktober 1879 in Kraft getretenen Gesetze.

Zur Feststellung des Einflusses, den die neuere Gesetzgebung auf die Bestimmungen über die Vormerkung ausgeübt hat, erscheint es erforderlich, den Rechtszustand vor dem oben erwähnten Zeitpunkt einer eingehenden Prüfung zu unterwerfen.

I.

Die sächsisch-rechtlichen Bestimmungen über die Vormerkung und das behufs deren Verlautbarung einzuschlagende Verfahren, wie sie am 30. September 1879 in Geltung waren.

§ 2.

A. Allgemeines.

Auf die Vormerkung und deren Verlautbarung beziehen sich die Bestimmungen in §§ 404 bis 409 des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863. |: B. G. B. :|

§ 404. Ist eine Forderung und der Rechtsgrund zur Eintragung durch unverdächtige öffentliche oder Privaturkunden bescheinigt, die Eintragung aber wegen eines das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangels oder Hindernisses auszusetzen, so kann die Forderung in dem Hypothekenbuche vorgemerkt werden. Der Antrag auf Eintrag der Forderung gilt für den vorgedachten Fall zugleich als Antrag auf Vormerkung.

§ 405. Die Vormerkung sichert der künftig einzutragenden Forderung ihre Stelle in der Reihenfolge der Hypotheken.

§ 406. Die Wirkung einer Vormerkung geht auf den später eingetragenen Eigenthümer des Grundstücks, welcher dasselbe auf andere Weise, als durch Zwangsversteigerung erworben hat, über; er muss sich nach erfolgter Beseitigung des entgegenstehenden Mangels oder Hindernisses die Eintragung der vorgemerkten Forderung gefallen lassen.

§ 407. Der Eigenthümer des Grundstücks und jeder nachfolgende hypothekarische Gläubiger können verlangen, dass Demjenigen, welcher die Vormerkung veranlasst hat, die Beseitigung des der Eintragung entgegenstehenden Mangels oder Hinder-

nisses innerhalb einer angemessenen Frist unter der Verwarnung aufgegeben werde, dass ausserdem die Vormerkung gelöscht werden solle.

§ 408. Wenn in Folge eines Konkurses oder aus einem andern Grunde ein allgemeines Veräusserungsverbot in das Grundbuch eingetragen worden ist, so kann irgend ein Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek nicht weiter geltend gemacht werden, und zwar selbst dann nicht, wenn deshalb früher eine Vormerkung geschehen ist.

§ 409. Die Eintragung einer nicht vorgemerkten Forderung oder die Vormerkung einer Forderung aus einem dem früheren Eigenthümer gegenüber erlangten Rechtsgrunde kann nicht erfolgen, wenn ein neuer Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen worden ist.

§§ 120. 141. 142. 216 bis 218. 221. 222 der Königl. Sächsischen Verordnung das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betreff. vom 9. Januar 1865. — künftig citirt Gerichtsordnung. —

§ 120. Ueber Vormerkung von Forderungen im Grund- und Hypothekenbuche bestimmt § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 141. Alle Forderungen, sowohl wenn sie blos vorgemerkt, als auch, wenn sie sogleich förmlich eingetragen werden, bekommen fortlaufende Nummern. Diese Nummern (Hypothekennummern) werden in der linken Spalte unter der Eintragsnummer, und von dieser durch einen kleinen Querstrich getrennt in römischen Ziffern ausgedrückt und zeigen die Reihenfolge an, in welcher die Forderungen bei ihrem Zusammentreffen zu befriedigen sind.

Naturalauszüge und Leibrentenforderungen werden noch ausserdem durch das unter die römische Ziffer zu schreibende Wort: „Auszug“, „Leibrente“ kenntlich gemacht.

Bei eisernen Kapitalien ist diese Eigenschaft nicht nur im Contexte des Eintrags zu bemerken, sondern auch in der linken Spalte durch das unter die römische Ziffer zu schreibende Wort: „eisern“ auszuzeichnen.

§ 142. Bei Forderungen, die blos vorgemerkt werden, ist das Wort: „Vorgemerkt“, welches sie vor den förmlich eingetragenen Forderungen kenntlich macht, an den Anfang des Eintrags unmittelbar hinter das Datum zu setzen.

Gelangt eine vorgemerkte Forderung nachher zur förmlichen Eintragung, so wird der deshalb zu bewirkende Eintrag, welcher beziehungsweise gefasst werden kann, in der Spalte links unter der Eintragsnummer nicht mit einer römischen Ziffer, sondern nur mit einem ad numerum (des Vormerkungseintrags) versehen und auf denselben neben dem Vormerkungseintrage in der Spalte der Anmerkungen mit den Worten: „förmlich eingetragen“ verwiesen.

§ 216. Die nach § 407 des bürgerlichen Gesetzbuchs zu erlassende Verfügung ist bei der Grund- und Hypothekenbehörde zu beantragen. Diese hat eine Verlängerung der Frist nur bei dem Nachweise einer Behinderung zu bewilligen.

§ 217. Bei Bestimmung der Frist zur Berichtigung des zur förmlichen Eintragung der Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch noch Mangelnden hat die Grund- und Hypothekenbehörde auf die Beschaffenheit des verlangten Nachweises, auf Ortsentfernung und andere Umstände, wonach die grössere oder geringere Schwierigkeit der Beibringung und der grösssere oder geringere Zeitaufwand zu bemessen ist, Rücksicht zu nehmen.

§ 218. Bei Verwahrungen, welche zur Sicherung eines in Beziehung auf ein Grundstück oder auf eine im

Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Forderung erworbenen, zur Eintragung geeigneten Rechtes angebracht worden, sowie bei Vormerkgesuchen bedarf es neben der Bescheinigung des zu sichernden Rechtes nicht zugleich des Nachweises einer drohenden Gefahr.

§ 221. Wird Appellation wider einen abfälligen Beschluss über den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung oder Verwahrung eingewendet, oder mit dem Antrag auf Eintragung einer Vormerkung oder Verwahrung vorsorglich wider einen abfälligen Beschluss verbunden, so ist die Appellation, dafern sie nicht für unzulässig zu achten, im Grund- und Hypothekenbuche einzutragen und im Uebrigen auf dieselbe den gesetzlichen Vorschriften gemäss zu verfahren. Nach Bestätigung des abfälligen Beschlusses wird der Eintrag der Appellation amtswegen gelöscht.

§ 222. Findet die Grund- und Hypothekenbehörde, welche eine Vormerkung oder Verwahrung eingetragen hat, dass dem Antrage nicht stattzugeben gewesen wäre, so kann sie die Eintragung erst wieder löschen, nachdem sie den Antragsteller von ihrem abgeänderten Beschlusse benachrichtigt hat und die demselben zur Erklärung darüber gesetzte Frist abgelaufen ist.

In § 221 der Gerichtsordnung wird auf weitere „gesetzliche Vorschriften" verwiesen. Dieselben finden sich in

§§ 30 bis 34 des Gesetzes B vom 28. Januar 1835,

§ 10 des Gesetzes vom 13. Januar 1838,

§§ 1, 3, 23 des Gesetzes vom 30. Dezember 1861, verbunden mit den Justiz-Ministerial-Verordnungen vom 14. Januar 1867 — Just.-Minist.-Bltt. Seite 67 — und vom 24. November 1869 — Just.-Minist.-Blatt Seite 106. —

Die Vormerkung ist im System des Gesetzes und in der Doctrin am häufigsten als Unterart der Protestation (Verwahrung) betrachtet worden.

Vergl. auch: *Hoffmann, Kaden* u. *Scheele:* Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Leipzig 1888, 1889. Seite 191.

Dr. Paul Grützmann: Lehrbuch des Königl. Sächsischen Privat-Rechts, Leipzig 1887, Bd. I, Seite 169 ff.

Die älteste Eintheilung der Protestationen findet sich in der Gesetzgebung Preussens. Sie unterscheidet:

protestationes: a. pro conservando loco.
b. pro conservandis exceptionibus.
c. de non disponendo.

Die spätere Hypothekengesetzgebung Bayerns — Gesetz vom 1. Juni 1822 — und dieser folgend diejenige Sachsens — Gesetz vom 6. November 1843 — haben den Begriff der Protestation in demselben Umfang wie Preussen beibehalten, daneben aber auch die Bezeichnung: Verwahrung und Vormerkung gebraucht. Zu einer Trennung der drei Begriffe ist es weder im Gesetze noch in den Kommentaren gekommen.

Gönner, Nicolaus Thadd. von. Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, München 1868, nennt Band I, Seite 76, No. 4 a. E. die conservatorischen Einträge: Protestationen oder Vormerkungen. Dagegen spricht er Seite 300 a. a. O. von den Protestationen, als Verwahrung und Vormerkung in sich begreifend.

Heyne, Dr. Robert Theodor: Kommentar über das Königl. Sächsische Gesetz vom 6. November 1843, die Grund- und Hypothekenbücher betreffend, Leipzig 1845, 1846, bezeichnet sowohl das Genus der

sämmtlichen Protestationsarten als auch die einzelnen Species mit Protestation, Verwahrung, Vormerkung und hält die Bezeichnung „Vormerkung" zutreffend für alle conservatorischen Einträge.

Band I, Seite 157, 159, 161, 261 a. a. O. bezeichnet er in nicht consequenter Weise die Vormerkung einer Forderung kurz als Vormerkung.

Einen Schritt weiter geht

Siegmann, Georg: Das Königl. Sächsische Grund- und Hypothekenrecht, Leipzig 1861, indem er Seite 107 unterscheidet zwischen Protestationen, Verwahrungen, Vormerkungen im weiteren und im engeren Sinne, und die drei ersteren Begriffe als synonym für das Genus, die letzteren Begriffe Protestation und Verwahrung im engeren Sinne als gleichbedeutend und im Gegensatz zur Vormerkung für die Species brauchend. Bald macht er den Unterschied nicht mehr ausdrücklich, denn Seite 159 spricht er von Vormerkung schlechthin und meint damit diejenige im engeren Sinne.

Auch in dem Kommentare zum bürgerlichen Gesetzbuch von Hoffmann, Kaden u. Scheele und dem Lehrbuch des Königl. Sächsischen Privat-Rechts von Dr. Paul Grützmann ist eine strenge Scheidung der Begriffe nicht gegeben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet streng zwischen Verwahrung (Protestation) — §§ 139 bis 149 des bürgerlichen Gesetzbuchs — und Vormerkung — §§ 404 ff. — und hat es unterlassen, beide Rechtsinstitute einem gemeinsamen Gattungsbegriff unterzuordnen.

Wie aus den speciellen Motiven zum bürgerlichen Gesetzbuch hervorgeht, ist die Scheidung der beiden Begriffe beabsichtigt gewesen.*)

Motive zu § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs: Dieser § enthält im Wesentlichen die Bestimmungen des Gesetzes vom 6. November 1843 über die sogenannte Vormerkung mit einigen Modifikationen, welche in dem Zwecke dieses Institutes, die Stelle für die künftig einzutragende Hypothek zu sichern, liegen und das Institut selbst fortzubilden bestimmt sind. Diese Modifikationen sind, dass

a. das Wesen der Vormerkung als auf Salvirung des Ortes einer späteren Eintragung gerichtet, von dem Wesen der gegen fernere Eintragung gerichteten Protestation geschieden worden ist,

b. die Vormerkung auch auf Grund „unverdächtiger Privaturkunden" stattfinden kann,

c. der Antrag auf Eintragung der Hypothek den Antrag der Vormerkung als des minus involvirt, also in dieser Hinsicht eine Ausnahme von der Regel, dass die Hypothekenbehörde als solche nie unaufgefordert, sondern nur auf Antrag der Betheiligten oder auf Requisition einer Behörde zu handeln hat, eintritt,

d. in § 418 des Entwurfs (§ 407 des bürgerlichen Gesetzbuchs) ein Mittel gewährt worden ist, durch welches ohne Provokationsklage zu Löschung der Vormerkung gelangt werden kann.

Als Mängel und Hindernisse, welche das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes **nicht** betreffen, lassen sich nur solche betrachten, welche den Betrag der Forderung und das Dasein des Rechtsgrundes nicht in Frage stellen, sondern in äusseren Verhältnissen liegen, und deren Beseitigung — in vielen Fällen ohne wesentlichen Zeitverlust — vorausgesetzt werden kann, wenn

*) Da auf die Motiven dieses § wiederholt Bezug genommen wird, so mögen sie vollständig gleich hier angezogen werden.

bereits für die Forderung selbst und den Rechtsgrund zur Eintragung ein gewisser Nachweis vorliegt. Als Beispiel wesentlicher Mängel oder Hindernisse sind anzuführen: Mangel der gerichtlichen Rekognition einer unverdächtigen, d. h. formell beweisfähigen Privaturkunde, formelle Mängel der Beglaubigung einer öffentlichen Urkunde, Protestation einer dritten Person gegen die Verpfändung des betreffenden Grundstücks, nach Befinden auch Widerspruch des Schuldners selbst gegen die Eintragung der in Rede stehenden Forderung, Unbestimmtheit der Summe, wegen deren das Grundstück haften, oder des Grundstücks, auf welches die Forderung eingetragen werden soll, sind auch bei der Vormerkung ihrem Zwecke und ihren Folgen nach, nicht als unwesentliche Mängel anzusehen; ebenso kann eine Vormerkung nicht eingetragen werden, wenn der Pfandbesteller noch nicht Eigenthümer des Grundstücks ist.

Da die Vormerkung ihrem Wesen nach nur den Zweck hat, dem vorgemerkten Gläubiger den Rang und den Eintrag seiner Forderung zu sichern, so ist von derselben kein Gebrauch zu machen, wenn die definitive Eintragung durch Mängel oder Hindernisse der obengedachten Art nicht beanstandet wird. Deshalb ist auch bei Hypotheken, welche auf den in §§ 390 bis 394 erwähnten gesetzlichen Rechtsgründen beruhen, eine Vormerkung nicht an ihrer Stelle, da bei diesen der Eintrag durch keinen Widerspruch des Eigenthümers oder dritten Personen gehindert werden kann, und schon die Bescheinigung des bezüglichen Rechtsverhältnisses oder der Antrag auf Hilfsvollstreckung zur Eintragung der angemeldeten Kautionssumme oder bez. des zur Hilfsvollstreckung gereiften Schuldbetrages genügt. Anlangend aber den in § 395 erwähnten Fall, so möchte die Zulässigkeit einer Vormerkung nicht schlechthin verneint werden, weil es bei diesem allerdings denkbar ist, dass unwesentliche

Mängel oder Hindernisse die Eintragung der Forderung aufhalten.

Nicht so scheidet die Gerichtsordnung. Dort werden Vormerkung und Verwahrung als gleichbedeutend stets neben einander genannt.

Infolge der Begriffsvermischung in der älteren Gesetzgebung und der Nebeneinanderstellung in der Gerichtsordnung hat sich in Litteratur und Praxis die Bezeichnung der Vormerkung als Unterart der Verwahrung fort erhalten.

Krasting: in Wenglers Archiv für civilrechtliche Entscheidungen der Sächsischen Justizbehörden, Band VI, Seite 442.

Siegmann, Georg: in den Annalen des Königlich Sächs. Ober-Appellationsgerichts. Neue Folge, Band I, Seite 149.

Annalen des Ober-Appellationsgerichts. Neue Folge IX, Seite 529 a. E.

Annalen des Oberlandesgerichts III, Seite 557.

Grützmann, Dr. Paul: Lehrbuch, Band I, Seite 164.

Gegen diese Unterordnung spricht zunächst der ausdrückliche Sprachgebrauch des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Auch die formalen Bestimmungen in der Gerichtsordnung, welche sich auf die Vormerkung beziehen, lassen sich von denen, welche für die Verwahrung mitgetroffen sind, leicht absondern, und es ist kein praktisches Bedürfniss vorhanden, nach einem Gattungsbegriff für die Arten Verwahrung und Vormerkung und einer Beziehung der letzteren zur ersteren zu suchen.

Dazu kommt, dass Vormerkung und Verwahrung nur das mit einander gemein haben, dass sie vorläufige Einschreibungen in das Grund- und Hypothekenbuch sind.

Ihre Voraussetzungen und Wirkungen sind durchweg verschieden, bei der Verwahrung:

Bescheinigung schlechthin, eventuell Bescheinigung der Gefahr;

Verhinderung fernerweiter, dem verwahrten Rechte nachtheiliger Einträge, mit Ausnahme der auf gesetzlichem Rechtstitel beruhenden;

bei der Vormerkung:

Bescheinigung lediglich durch Urkunden;

Sicherung des Ranges für die Forderung, auch den auf Grund eines gesetzlichen Rechtsgrundes später einzutragenden Forderungen gegenüber.

Zu vergleichen die Ausführungen bei:

Regelsberger, Dr. Ferdinand: Das Bayerische Hypothekenrecht, Leipzig 1874. Seite 291, 295, 296.

Heyne, Dr. Robert Theodor: Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrechte nach gemeinem und partikularem, besonders Königl. Sächs. Rechte, Leipzig 1874. Seite 54.

Wozu die Nebeneinanderstellung von Verwahrung und Vormerkung führt, erhellt aus Nachstehendem:

§ 218 der Gerichtsordnung enthält die ausdrückliche Bestimmung, dass es bei Vormerkungsgesuchen nicht des Nachweises einer drohenden Gefahr bedürfe. § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs regelt die Voraussetzungen für Vormerkung einer Forderung, weitere zu verlangen hat der Richter kein Recht, und es bedurfte nicht noch der ausdrücklichen Anordnung, was behufs Vormerkung einer Forderung nicht zu bescheinigen sei.

Nach § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs heisst es nun zwar, die Forderung „kann" unter den dort angegebenen Voraussetzungen vorgemerkt werden. Daraus lässt sich die Füglichkeit für den auf derartige Anträge beschliessenden Richter herleiten, weitere Unterlagen, insonderheit Bescheinigung der Gefahr zu beanspruchen. Diese Ansicht dürfte unzutreffend sein; der Antrag auf Vormerkung ist mit dem Antrag auf Eintragung gestellt — 2. Satz von § 404 — auf Antrag hat der Hypothekenrichter zu fügen, er **„kann"**, d. h. er **darf, muss** vormerken, wenn die § 404, 1. Satz des bürgerlichen Gesetzbuchs genannten Voraussetzungen gegeben sind.

Die erstere Bestimmung (§ 218 der Gerichtsordnung a. E.) erscheint somit für Vormerkungen entbehrlich.

Der Grund der Aufnahme der obenerwähnten Vorschrift in die Gerichtsordnung wird klar, wenn man die Entstehung der Bestimmung ins Auge fasst. § 218 der Gerichtsordnung ist mit unwesentlichen Abänderungen lediglich eine Wiedergabe der Bestimmung in § 147 des Gesetzes vom 6. November 1843.

> § 147. Bei Protestationen, welche zur Sicherung eines in Bezug auf ein Grundstück oder auf eine im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Forderung erworbenen, zur Eintragung geeigneten Rechts angebracht werden (§ 24), sowie bei Vormerkungsgesuchen (§ 51), bedarf es neben der Bescheinigung des zu sichernden Rechts nicht zugleich auch des besonderen Nachweises einer drohenden Gefahr, damit ihre Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch geschehen kann.

Dort war ein Hinweis auf das nicht Erforderliche mit Rücksicht auf die Stellung der Bestimmungen über die Vormerkung im System des Gesetzes geboten, da das letztere die Vormerkung wie eine Protestation betrachtet — § 51, Abs. 2 —.

Wenn nun auch § 51 Abs. 1 des angezogenen Gesetzes die Voraussetzung für die Vormerkung zwar dunkel, aber erschöpfend aufzählt, so konnte doch mit Rücksicht auf die Bestimmung in Abs. 2 des angeführten Paragraphen der scrupulöse Richter darauf kommen, auch für den Antrag auf Vormerkung Nachweis der Gefahr zu erfordern.

Dies lag nicht im Sinn des Gesetzgebers, weil für den Antrag auf Vormerkungen die Gefahr nicht erst zu bescheinigen ist, sondern, wie allgemein anerkannt wird, in dem Grundsatze der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs begründet ist. Lediglich um Bedenken des beschliessenden Richters nicht aufkommen zu lassen, ist die Bestimmung in § 147 des Hypothekengesetzes getroffen worden.

Vgl. *Exner, Dr. A.:* Das Institut der Pfandrechtsprä-
notation in Oesterreich. Abhandlung in der all-

gemeinen Oesterreichischen Gerichtszeitung von 1868. Nr. 57, Seite 231, Nr. 3.

Die Gerichtsordnung hat diese Bestimmung aus dem Hypothekengesetze herübergenommen, ohne zu berücksichtigen, dass nach dem bürgerlichen Gesetzbuche „Vormerkung" und „Verwahrung" geschieden sind, zu Herübernahme der fraglichen Bestimmung also auch der oben aufgeführte Grund fortgefallen ist.

Hier sei noch der Frage gedacht, ob Vormerkung der Forderungen, denen ein gesetzlicher Rechtsgrund zur Eintragung zur Seite steht, möglich ist. Für den Fall, dass diese Frage zu verneinen wäre, würde es einer Rücksichtnahme auf derartige Forderungen bei den vorliegenden Erörterungen nicht bedürfen.

Siebenhaar ist in seinem Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch bei § 404 der Ansicht gewesen, dass Vormerkung solcher Forderungen vorkommen könne.

Folgendes Beispiel dürfte die Richtigkeit dieser Ansicht darthun.

Der Schuldner besitzt ein Grundstück, das mit Hypotheken nicht zu hoch belastet ist. Würde nun der Gläubiger, der exekutionsreife Forderung, den Titel aber verloren hat, einen Ausweis des exekutirenden Gerichtsbeamten, in welchem die Namen der Parteien, das erkennende Gericht und der Schuldbetrag, zu dessen Zahlung der Schuldner verurtheilt worden ist, sowie die für die Exekution gegen den Schuldner sonst erforderlichen Voraussetzungen bescheinigt sind, dem Hypothekenrichter mit dem Antrag auf Eintragung der fraglichen Forderung vorlegen, so hätte er Forderung und Rechtsgrund bescheinigt. Die Eintragung könnte nicht erfolgen, weil deren Anordnung Ueberreichung der Schuldtitel selbst voraussetzt, wohl aber wäre Vormerkung statthaft.

§ 3.

B. Voraussetzung für die Vormerkung.

Aus der Fassung des § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs ergiebt sich, dass die Voraussetzungen für die Vormerkung theils positive:

Bescheinigung der Forderung und des Rechtsgrundes durch unverdächtige Urkunden,

theils negative:

Aussetzung der Eintragung wegen eines das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangels oder Hindernisses

sind. Es fragt sich, ob das Vorhandensein des einen oder des andern Erfordernisses genügt oder nicht. Der Wortlaut der Bestimmung spricht für die letztere Annahme, d. h. also für Nothwendigkeit des Vorhandenseins beider Erfordernisse. Eine nähere Betrachtung der einzelnen Voraussetzungen und ihres Verhältnisses zu einander wird zeigen, ob diese Ansicht die zutreffende ist.

Was unter Bescheinigung der Forderung und des Rechtsgrundes zur Eintragung durch unverdächtige öffentliche Urkunden oder Privaturkunden zu verstehen sei, bedarf keiner Erläuterung.

Dagegen ist der Sinn der negativen Voraussetzung, Vorhandensein eines das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangels oder Hindernisses nicht ohne Weiteres klar.

In der Litteratur und in den Präjudizien zu § 404 des bürgerlichen Gesetzbuches findet sich eine Erklärung des Satzes nicht.

Siebenhaar, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Band I, Seite 373,

begnügt sich, wie die Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Anführung von Beispielen. Er rechnet unter die hierher gehörigen — das Wesen nicht betreffenden — Mängel und Hindernisse solche, welche weder die Giltigkeit oder den Betrag der Forderung noch das Dasein des Rechtsgrundes in Frage stellen, sondern in äusseren Verhältnissen liegen, und deren Beseitigung — in vielen Fällen ohne wesentlichen Zeitverlust — vorausgesetzt werden kann, wenn bereits für die Forderung und den Rechtsgrund ein gewisser Nachweis vorliegt — wiederholt also, was die Motive sagen.

Mit dieser Erläuterung ist wohl ein Anhalt für einzelne Anwendungsfälle gegeben, so

Exner, Dr. A., das Institut der Pfandrechtspränotation, allgem. Oesterreich. Gerichtszeitung, Jahrgang 1868, Seite 231, 232, No. 4,

nicht aber der Sinn des Satzes erklärt, den Exner a. a. O. wohl nicht mit Unrecht **eine tiefsinnige Phrase** nennt.

Berücksichtigt man die Entstehung des Gesetzes, so ergiebt sich für die Auslegung der mehr erwähnten Bestimmung Folgendes.

Der Inhalt des § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht dem von § 51 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843,

§ 51. Ist eine mit einem Rechtstitel zu Erlangung einer Hypothek versehene Forderung durch unverdächtige Urkunden bescheinigt, die förmliche Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch kann aber wegen eines noch zu beseitigenden, das Wesen der Handlung nicht betreffenden Mangels nicht sogleich erfolgen, so kann auf Ansuchen des Betheiligten die Forderung einstweilen im Grund- und Hypothekenbuche vorgemerkt werden.

Diese Vormerkung hat nicht die Wirkung der förmlichen Eintragung, sondern ist wie eine Protestation (§§ 24, 25) zu betrachten, indem sie blos die Stelle für die künftig förmlich einzutragende Hypothek zu sichern dient.

Sie wird wirkungslos, wenn, bevor der Mangel gehoben und die förmliche Eintragung erfolgt ist, Konkurs zu dem Vermögen des Besitzers ausbricht.

welcher seinerseits eine Wiedergabe der Bestimmung des § 30 des Bayerischen Gesetzes vom 1. Juni 1822 ist.

Im letzteren Gesetze ist die Rede vom „Mangel an einer noch zu ergänzenden und die Wesenheit oder Giltigkeit der Handlung nicht betreffenden Formalität."

Eine in den

Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Band I, Seite 223

enthaltene Kritik dieser Gesetzesstelle behauptet, dieselbe habe keinen Sinn. Wenn auch diese Kritik zu weit zu gehen scheint,

so ist doch gewiss, dass die Bestimmung des Bayerischen Gesetzes noch unklarer ist, als die des bürgerlichen Gesetzbuches.

Auch Absatz 1 des § 51 des Hypothekengesetzes leidet an dieser Unklarheit, denn was unter einem das „Wesen der Handlung nicht betreffende Mangel" zu verstehen sei, fragt man sich bei Betrachtung der Gesetzesstelle vergeblich.

Aus ihrer Entstehungsgeschichte lässt sich die fragliche Bestimmung demnach nicht erklären.

Dem allgemeinen Sprachgebrauche nach versteht man unter dem „Wesen einer Sache" die Summe derjenigen Eigenschaften und Voraussetzungen, welche die Sache ausmachen. Das bürgerliche Gesetzbuch schliesst sich diesem Sprachgebrauche an.

In demselben befindet sich III. Theil I. Abtheilung I. Abschnitt die Ueberschrift

„Wesen der Forderungen" pp.

Vergleicht man den weiteren Inhalt der Ueberschrift mit dem des Abschnittes, so bleibt für das „Wesen der Forderungen" nur die Vorschrift in § 662. Dieselbe enthält die Bestimmung des Begriffs der Forderung, d. h. sie zählt diejenigen Momente auf, deren Gesammtheit eine Forderung ausmacht. Jedes dieser Momente lässt sich seinerseits wiederum in verschiedene Elementarbegriffe zerlegen. Alle Elementarbegriffe zusammen genommen machen das Wesen der Forderung aus. Ein das Wesen der Forderung betreffender Mangel würde das Fehlen schon eines einzigen Elementarbegriffes sein. Fehlt aber ein solcher, so ist eine Forderung überhaupt nicht vorhanden.

Das bürgerliche Gesetzbuch verlangt für die Vormerkung Bescheinigung der Forderung, d. h. also Bescheinigung des Vorhandenseins sämmtlicher den Begriff Forderung bildenden Elementarbegriffe und nicht eines „Weniger". Daraus folgt aber, dass der Zusatz, der Mangel, welcher die Aussetzung der Eintragung der Forderung bedinge, müsse ein das Wesen der Forderung nicht betreffender sein, nur wiederholt, was mit der Bescheinigung der Forderung schon ausgedrückt ist.

Das Gleiche ist von dem das „Wesen des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangel" zu sagen.

Liessen sich Forderung und Rechtsgrund begrifflich nicht denken beim Vorhandensein eines das Wesen derselben betreffenden **Mangels,** so bleibt nur noch zu erörtern, wie es sich mit einem **Hinderniss** verhält, welches Aussetzung der Eintragung bedingt, das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes aber nicht betrifft. Ein Hinderniss ist stets etwas Thatsächliches, welches einen Begriff nicht zu Stande kommen lässt, somit einem Begriffsmoment entgegensteht.

Ein das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes betreffendes Hinderniss würde demnach das Vorhandensein der Forderung und des Rechtsgrundes ausschliessen. Beides ist aber vorhanden, bescheinigt. Daraus folgt: Die Bezeichnung eines die Aussetzung der Eintragung bedingenden Mangels oder Hindernisses als eines **das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden,** erscheint überflüssig, weil sie lediglich wiederholt, was mit Bescheinigung von Forderung und Rechtsgrund hinreichend bestimmt ist.

Es würden demnach in § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs die Worte: **Das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden,** ohne Weiteres fortfallen können. Vergleiche:

Exner, Dr. A. Das Institut der Pfandrechtspränotation, allgemeine Oesterreichische Gerichtszeitung 1868, Seite 232, 235.

Damit ist jedoch die oben aufgeworfene Frage noch nicht beantwortet.

Zur Beantwortung führt eine anderweite Erwägung:

Nach § 387 des bürgerlichen Gesetzbuchs:

> Das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen, Hypothek, entsteht durch die Eintragung der zu sichernden Forderung in das Hypothekenbuch. Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Hypothek voraus.
>
> (Gerichtsordnung §§ 141, 143, 149, 155 bis 157, 189, 190.)

entsteht eine Hypothek an unbeweglichen Sachen durch Eintragung der zu sichernden Forderung in das Hypothekenbuch. Für die Eintragung ist nothwendige Voraussetzung das Vorhandensein eines Rechtsgrundes zur Eintragung.

Damit sind die Erfordernisse für die Entstehung einer Hypothek gegeben, nämlich:

1. Forderung und
2. Rechtsgrund zur Eintragung
   als materielle,
3. Eintragung in das Hypothekenbuch
   als formelles.

Eintragung einer Forderung in das Hypothekenbuch erfolgt nun aber nur, wenn

a. der Nachweis für Forderung und Rechtsgrund in gehöriger Form vorliegt,

b. die auf dem Folium bereits verlautbarten Einträge den neuen Eintrag zulassen.

Die Erfüllung ebengenannter Voraussetzungen kann des Oefteren die Eintragung verzögern. Um die aus dieser Verzögerung leicht entstehenden Nachtheile einigermassen zu verhindern, ist der Hypothek ein Weniger, — „Ein nicht nothwendiges Durchgangsstadium". —

Regelsberger, Dr. Ferdinand: Bayerisches Hypothekenrecht,

— die Vormerkung, — zur Seite gestellt worden. Nothwendige Erfordernisse für dieselbe sind die für die Eintragung gegebenen materiellen:

Forderung und Rechtsgrund.

Wenn also von Mängeln und Hindernissen die Rede ist, so können beide nur auf das formelle Erforderniss sich beziehen, und es scheint ohne Weiteres klar, dass „Mangel" sich auf die Voraussetzung zu 3a, „Hinderniss" auf die zu 3b bezieht.

Für die Eintragung des weitaus grössten Theiles der Forderungen wird Nachweis der Forderung und des Rechtsgrundes durch öffentliche Urkunden erfordert. Insoweit in diesen

Fällen nur unverdächtige Privaturkunden vorhanden sind, liegt ein die Aussetzung der Eintragung bedingender Mangel vor.

Daraus folgt:

Eine Forderung ist vorzumerken:

1. wenn Forderung und Rechtsgrund durch Privaturkunden bescheinigt sind.
2. wenn Forderung und Rechtsgrund durch private oder öffentliche Urkunden bescheinigt sind, der Eintragung aber ein Hinderniss — z. B. Verwahrung — entgegensteht.

Nach der übereinstimmenden Ansicht in Litteratur und Praxis giebt es Vormerkung einer Forderung auf Vertrag der Betheiligten nicht, sondern eine Forderung wird immer nur vorgemerkt, wenn sie an sich förmlich eingetragen werden soll, die Eintragung aber nicht zulässig ist.

Vgl. Motive zu § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 4.

C. Wirkung der Vormerkung.

Die Vormerkung sichert der einzutragenden Forderung denjenigen Rang, den die vorgemerkte Forderung hat und zwar auch dem späteren Erwerber des Grundstücks gegenüber, welcher nach Behebung des der Eintragung entgegenstehenden Mangels oder Hindernisses Eintragung der vorgemerkten Forderung geschehen lassen muss.

Diese Wirkung wird nur aufgehoben:

a. endgültig gegenüber dem Erwerber des Grundstückes im Wege der Zwangsversteigerung.
b. zeitweilig durch Eintragung eines allgemeinen Veräusserungsverbotes für die Dauer der Verlautbarung desselben.

Die Fassung von §406, Absatz 1 desbürgerlichen Gesetzbuchs (siehe oben Seite 2) konnte mit Rücksicht auf die Bestimmung in § 452 des bürgerlichen Gesetzbuchs,

§ 452. Die Zwangsversteigerung eines Grundstückes hat zur Folge, dass mit der Eintragung derselben

sämmtliche auf dem Grundstück haftende Hypotheken erlöschen.

(Gerichtsordnung §§ 199, 214,)

zu Zweifeln darüber Anlass geben, **wann** die Vormerkung bei Zwangsversteigerungen nach früherem Rechte erlosch.

Die Wirkung der Vormerkung geht auf den nicht über — richtiger wohl: geht gegen den nicht —, der das Grundstück durch Zwangsversteigerung erwirbt. Der Erwerb eines Grundstückes durch Zwangsversteigerung erfolgt durch Eintragung des Besitzers nach der Adjudikation. Nach dem Wortlaut der oben angeführten Gesetzesstelle muss man annehmen, dass mit dem Erwerb des Grundstücks, das ist der Eintragung der Adjudikation, die Wirkung der Vormerkuug aufgehoben wird.

In § 452 ist bestimmt: alle auf dem Grundstücke eingetragenen Hypotheken erlöschen mit dem Eintrage der Zwangsversteigerung desselben. Dass mit den Hypotheken auch die Vormerkung hat getroffen werden sollen, ist nicht ausdrücklich ausgesprochen worden.

Wollte man annehmen, es sei dies nicht der Fall gewesen, so würde die Vormerkung erst mit Eintragung der Adjudikation ihre Wirkung verlieren, bis zu diesem Zeitpunkte also jederzeit die vorgemerkte Forderuug eingetragen werden können.

Für den Fall, dass, wie dies die Regel gewesen sein dürfte, die Eintragung der Zwangsversteigerung und die Adjudikation zeitlich auseinander gelegen haben, würde nach der Zwangsversteigerung Erwerb einer Hypothek noch möglich gewesen sein, die, entgegen der grundsätzlichen Bestimmung in § 452 des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Zwangsversteigerung mit dieser nicht erloschen wäre. Es kann deshalb die Bestimmung in § 406 nur dasselbe wollen, wie die in § 452 des bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 5.

D. Verfahren behufs Verlautbarung einer Vormerkung.

Der Antrag auf Vormerkung einer Forderung, welcher den Antrag auf Eintragung einer solchen mit in sich begreift – § 404

des bürgerlichen Gesetzbuches — ist bei der Hypothekenbehörde zu stellen, §§ 89, 90 der Gerichtsordnung,

§ 89. Den Grund- und Hypothekenbehörden als solchen steht in den die Grund- und Hypothekenbücher betreffenden Angelegenheiten **nur die Ausübung der nicht streitigen Rechtspflege zu.** Sie können zwar unter den Betheiligten zur Hebung von Anständen und Widersprüchen gütliche Verhandlungen einleiten, müssen aber, sobald es einer rechtlichen Entscheidung bedarf, die Betheiligten zur rechtlichen Ausführung verweisen. Doch haben sie unter den sich dazu eignenden Voraussetzungen auf Antrag die zur Sicherung von Rechten erforderlichen Eintragungen im Grund- und Hypothekenbuche vorzunehmen.

§ 90. In der Regel ist für jeden Ort (Stadt oder Dorf) oder für jede geschlossene Mark ein eigenes Hypothekenbuch zu halten. Beschränkt sich die Gerichtsbarkeit eines Gerichts an einem Orte auf nur wenige Grundstücke, so kann das Grund- und Hypothekenbuch dieses Ortes mit dem Grund- und Hypothekenbuche eines anderen Ortes verbunden gehalten werden. Je nach der Anzahl und Grösse der Grundstücke, über welche das Grund- und Hypothekenbuch eines Ortes sich zu erstrecken hat, kann dasselbe in einem einzigen Bande zusammengefasst oder in mehrere Bände getheilt werden. Reicht der Raum in einem Bande nicht mehr hin, so werden die Einträge in einem folgenden Bande fortgesetzt.

und zwar ausschliesslich schriftlich bei den Appellationsgerichten in Ansehung der Rittergüter, im Uebrigen, d. h. bei den Gerichtsämtern ist mündliche Erklärung desselben zu Protokoll neben der schriftlichen Einreichung zulässig. Mit dem Antrage sind die erforderlichen Unterlagen vorzulegen. (§ 168 der Gerichtsordnung.)

§ 168. Anträge in den die Grund- und Hypothekenbücher betreffenden Angelegenheiten sind bei den Appellationsgerichten zu Dresden und zu Budissin schriftlich zu stellen. Bei Gerichtsämtern können sie sowohl mündlich als schriftlich gestellt werden. Mündliche Anbringen sind gleich zu Protokoll zu nehmen und es ist hierin die Tagesstunde, wo sie erfolgten, zu bemerken. Letzteres muss auch bei Eingang schriftlicher Gesuche beobachtet werden.

Der Hypothekenrichter beschliesst nun entweder

a. Ablehnung des Antrages, oder

b. Vormerkung.

Wider den ablehnenden Beschluss ist Appellation zulässig, welche

a. vorsorglich mit dem Antrag — Eventualappellation, —

b. nach der Beschlussfassung

einzuwenden ist.

Ueber die Appellation entscheidet, je nachdem die erste Entscheidung vom Gerichtsamt oder vom Appellationsgericht ausging, das Bezirksappellationsgericht, bez. das Oberappellationsgericht.

Gegen die Entscheidung des ersteren ist ein Rechtsmittel nur zulässig,

a. wenn die vorzumerkende Forderung 301 bis 600 Mark beträgt und die zweitinstanzliche Entscheidung mit der erstinstanzlichen nicht übereinstimmt,

b. wenn die vorzumerkende Forderung die Summe von 600 Mark übersteigt.

Die Verordnungen der Oberbehörden werden innerhalb 10 Tagen nach ihrer Eröffnung an die Parteien rechtskräftig.

Wird dem Antrag auf Vormerkung stattgegeben, so ist die vorzumerkende Summe in die 3. Rubrik des Hypothekenbuchs einzuschreiben. In die erste Spalte wird mit arabischer Zahl die fortlaufende Nummer in der Reihe der Einschreibungen

mit römischer der Rang bezeichnet, an die Spitze der Vormerkung selbst in Spalte 2 das Wort

„Vorgemerkt“

gesetzt.

Appellationen gegen ablehnende Bescheide auf Vormerkungsgesuche sind in gleicher Weise einzuschreiben, wie die verfügte Vormerkung. Ist die Appellation rechtskräftig verworfen worden, so ist die Vormerkung und die Appellation vom Hypothekenrichter amtshalber zu löschen.

Siehe die oben Seite 5 angeführten Gesetze und Verordnungen.

Nach dem oben angeführten § 89 der Gerichtsordnung steht den Grund- und Hypothekenbehörden **nur die Ausübung der nichtstreitigen Rechtspflege** in den die Grund- und Hypothekenbücher betreffenden Angelegenheiten zu.

Bei näherer Betrachtung findet man nun aber, dass die Thätigkeit des Hypothekenrichters bei einer Vormerkung eine doppelte ist.

1. er entscheidet über Zulässigkeit des Gesuches auf Vormerkung.
2. er ordnet Einschreibung einer Vormerkung an.

Diese Behauptung bedarf kaum einer Begründung, wird auch nicht dadurch entkräftet, dass die doppelte Thätigkeit des Hypothekenrichters in einem Beschlusse zu Tage tritt.

II.

Einfluss der neueren Gesetzgebung auf den oben geschilderten Rechtszustand.

§ 6.

A. Allgemeines.

In dem vorstehenden Theile der Abhandlung ist von einer richterlichen Thätigkeit beim Verfahren behufs Verlautbarung einer Vormerkung die Rede gewesen. Ein umfangreiches Gebiet der richterlichen Thätigkeit ist durch

das Gerichts-Verfassungsgesetz (G. V. G.) und
die Civil-Prozess-Ordnung (C. P. O.)

neu geregelt worden.

Auch ist die Rede davon gewesen, dass die Wirkungen der Vormerkung durch Zwangsversteigerung und Eintragung eines Veräusserungsverbotes in folge Konkurses beeinträchtigt werden. Das Recht und das Verfahren des Konkurses und der Zwangsversteigerung haben seit dem 1. Oktober 1879 bez. 1. Dezember 1884 vollständige Umgestaltung erfahren.

Es wird zu untersuchen sein, welchen Einfluss auf den oben geschilderten Rechtszustand ausgeübt haben:

1. Die Civil-Prozess-Ordnung vom 30. Januar 1877 in Verbindung mit dem Gerichts-Verfassungs-Gesetz vom 27. Januar 1877.
2. Die Konkurs-Ordnung vom 10. Februar 1877.
3. Das Königl. Sächsische Gesetz die Zwangsversteigerung betreffend vom 15. August 1884.

B. Einfluss der Civil-Prozess-Ordnung und des Gerichts-Verfassungs-Gesetzes.

§ 7.

AA. Darstellung der in dieser Richtung in Litteratur und Praxis vertretenen Ansichten.

Ueber den Einfluss, den die C. P. O. verbunden mit dem G. V. G. auf die Vormerkung und das bei deren Verlautbarung einzuschlagende Verfahren geübt hat, herrscht Uebereinstimmung in Litteratur und Praxis keineswegs. Es sind in der Hauptsache folgende Ansichten vertreten:

1. Anträge auf Vormerkung von Forderungen sind Sache lediglich der freiwilligen Gerichtsbarkeit und es ist deren Behandlung durch die C. P. O. nicht beeinflusst worden.

   A. M. in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Neue Folge, Band X, Seite 4.

Heink, P. F.: Reichsrecht und Landesrecht. Abhandlungen Leipzig 1882, Seite 17.

2. Derartige Anträge sind, sobald das Recht des Forderungsinhabers auf Eintragung durch Widerspruch des Schuldners ein streitiges wird, als Anträge auf einstweilige Verfügung im Sinne von § 814 C. P. O. zu behandeln, im Uebrigen aber lediglich Sache der nichtstreitigen Rechtspflege.

Wachler, Hermann: Die Königl. Sächsische Gerichtsordnung, Leipzig 1885, Seite 72 und 73.

Annalen des Königl. Sächsischen Oberlandes-Gerichts Band III, Seite 557.

3. Anträge auf Vormerkung von Forderungen sind in allen Fällen nach dem für Anordnung einstweiliger Verfügungen von der C. P. O. geordneten Verfahren zu behandeln.

Ungedruckter Beschluss der IV. Civilkammer des Königl. Sächsischen Landgerichts Dresden vom 14. Dezember 1883.

Grützmann, Lehrbuch, Seite 169 ff.

1. Heink begründet seine Ansicht damit, dass die Vormerkung ein materiell rechtliches Institut sei. Er übersieht, dass die Verlautbarung der Vormerkung und das deshalb einzuschlagende Verfahren absolut formaler Natur ist.

Auch kann keinesfalls mit Heink ein Schluss auf Art und Weise der Behandlung von Vormerkungsgesuchen daraus gezogen werden, dass die Vormerkung in ihrer Anwendung lediglich auf das eigentliche Hypothekenrecht beschränkt ist.

Der Verfasser des Artikels in den Blättern für Rechtspflege führt an, die Vormerkung sei wie die förmliche Eintragung Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Er berücksichtigt nicht, dass die förmliche Eintragung erfolgt auf Grund von Urkunden, welche den auf Begründung des durch Eintragung herbei zu führenden Rechtsverhältnisses gerichteten übereinstimmenden Willen und Antrag der Betheiligten voll beweisen, wogegen Vormerkung einer Forderung stattfindet

auf einseitigen Antrag bei Vorlage nicht voll beweisender Unterlagen, oder zunächst gar gegen den Willen eines Dritten wegen eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses.

Wie Rechtsmittel gegen ablehnende Beschlüsse zu behandeln und ob sie, wie vor 1879, eintragbar sind, wird von beiden Verfassern mit Stillschweigen übergangen.

2. Die zweite Ansicht begründet Wachler damit, dass Cognition über Vormerkungsgesuche nach dem bürgerlichen Gesetzbuche dem Hypothekenrichter zugewiesen sei.

§ 404, 2, § 407 des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Auch diese Ansicht scheint unbegründet. Daraus, dass der Antrag auf Bestellung einer Hypothek den Antrag auf Vormerkung enthalten soll, folgt nicht nothwendigerweise, dass derselbe Richter, der über den Antrag auf Eintragung beschliesst, auch über den auf Vormerkung entscheidet. Die Behauptung, dass § 404 B. G. B. alle die Fälle ausschliesst, in denen es einer prozessrichterlichen Mitwirkung zur Feststellung des zu sichernden Anspruchs und seiner Eintragbarkeit bedarf, ist nicht zutreffend.

Wachler geht mit diesem Satze davon aus, dass bei Anträgen auf Vormerkung nur der Richter über die freiwillige Gerichtsbarkeit angerufen wird. Er setzt als bewiesen voraus, was zu beweisen ist. Daraus, dass die Vormerkung lediglich den Zweck hat, der Forderung den Rang zu sichern, folgt für deren Behandlung nach der bestehenden Gesetzgebung Nichts, selbst wenn man mit

Wach, Handbuch des Deutschen Civil-Prozess-Rechts. Leipzig 1885, Seite 47 ff.

die Grenze zwischen Massregeln der streitigen und nichtstreitigen Gerichtsbarkeit aus dem Zweck derselben herleitet. Uebrigens sichert die Vormerkung nicht nur den Rang, sondern auch das Pfandrecht, man kann deshalb von der Vormerkung nicht als einer nur rangsichernden — im Gegensatz zu rechtssichernd — reden.

Dass übrigens zur Feststellung der Eintragbarkeit prozessrichterliche Mitwirkung nöthig sein kann, giebt Wachler a. a. O. selbst zu.

Wenn Wachler ferner die Angehung des Prozessrichters als zeitraubend hinstellt und damit für seine Ansicht noch einen Zweckmässigkeitsgrund anführt, so übersieht er, dass nach seiner Theorie die Zuständigkeit für Entschliessung auf Vormerkungsgesuche eine zweifache ist, damit aber, weil in vielen Fällen die Sachlage nicht von vornherein klar ist, ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen wird, der jedenfalls ein ebenso bedenklicher ist, wie der Umweg durch Angehung des Prozessrichters.

Das Anführen Wachlers (Seite 162, Not. zu § 221), dass gegen Ablehnung von Vormerkungsgesuchen, wenn sie zur Zuständigkeit der Grund- und Hypothekenbehörde gehören, Aufsichtsbeschwerde zulässig sei, ist ohne Begründung geblieben, trotzdem es doch einer solchen dringend bedurfte.

Zu beachten ist übrigens, dass a. a. O. die Thätigkeit der Grund- und Hypothekenbehörden bei Appellation nach § 221 der Gerichtsordnung eine prozessrichterliche genannt wird.

Wie kommt eine Massregel der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit dazu, eine solche der streitigen zu werden, wenn zur Entscheidung über ihre Zulässigkeit eine höhere Instanz angerufen wird?

Das Königliche Ober-Landesgericht hat in der obenangezogenen Entscheidung eine allgemeine Beantwortung der Streitfrage nicht gegeben, sondern dieselbe lediglich für den Fall entschieden, dass der Schuldner Hypothekenbestellung in beweisender Form verweigert. Immerhin scheint das Oberlandesgericht nach der gegebenen Begründung der Ansicht zu sein, dass es auch Vormerkungsgesuche geben könne, auf welche die Hypothekenbehörde Entschliessung zu fassen habe.

Ohne nähere Begründung hat die IV. Civilkammer des Königlichen Landgerichts Dresden in dem oben angeführten Beschlusse die Rechtsansicht des Königl. Oberlandesgerichts in

der angegebenen Weise verallgemeinert und diesen Standpunkt nimmt auch Grützmann ein.

Diese Ansicht scheint die zutreffende zu sein.

BB.

Anträge auf Vormerkung sind nach Inkrafttreten der C. P. O. als Anträge auf Erlass einstweiliger Verfügungen zu behandeln und unterstehen der Entschliessung der ordentlichen Gerichte. Dem Hypothekenrichter verbleibt lediglich Vollzug der Verfügungen.

§ 8.

a. Nach dem Hypotheken-Gesetz und der Gerichts-Ordnung ist die Entschliessung des Hypothekenrichters auf Vormerkungsanträge Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit.

Für die Zuständigkeit der Hypothekenbehörde zur Entschliessung auf Vormerkungsanträge ist § 89 der Gerichtsordnung massgebend. Derselbe ist mit wenigen Abänderungen eine Wiederholung der Bestimmung im § 130 des Hypotheken-Gesetzes vom 6. November 1843.

Die Letztere ordnet an:

1. Die Thätigkeit der Hypothekenbehörde hat sich in den Grenzen der nichtstreitigen Rechtspflege zu halten.
2. Sobald bei Anständen und Widersprüchen eine rechtliche Entscheidung nöthig wird, hat die Hypothekenbehörde die Parteien zur rechtlichen Ausführung zu verweisen.
3. Ferner liegt der Hypothekenbehörde ob:

a. Versuche zu gütlicher Behebung der Widersprüche zu machen,

b. unter den sich dazu eignenden Voraussetzungen die zur Sicherung der Rechte erforderlichen Eintragungen vorzunehmen.

Die Bestimmung unter 2 entzieht der Zuständigkeit des Hypothekenrichters die Entschliessung in streitiger Gerichtsbar-

keit. Die Sätze — oben 3a und 3b — werden mit den Partikeln „zwar“ und „nur“ eingeleitet.

Da der Satz 3b, wie durch die Einleitung desselben mit dem Partikel **nur** bedingt ist, im Gegensatze zu dem unter 2 steht, beide von der Thätigkeit des Hypothekenrichters handeln, der letztere festsetzt, dass der Hypothekenrichter in streitigen Rechtssachen nicht thätig werden darf, so kann mit dem Gegensatz nur eine Thätigkeit in streitiger Gerichtsbarkeit gemeint sein. § 89 der Gerichtsordnung ist lediglich eine Wiederholung der Anordnung in § 130 des Hypotheken-Gesetzes mit redaktionellen Aenderungen.

Wenk, die Gerichts-Ordnung, Seite 68.

In der Gerichtsordnung ist der Gegensatz noch mehr hervorgehoben durch Gebrauch des Wortes „doch“, welcher Umstand mit Rücksicht auf die jedenfalls stattgehabte Berathung über die neuerliche Fassung Beachtung verdient.

Aus dem eben Gesagten folgt, dass Gesuche um Vormerkung schon von ihrer Einführung an vom Gesetzgeber als Anträge der streitigen Gerichtsbarkeit betrachtet wurden.

Osterloh, Handbuch der summar. bürgerl. Prozesse, 2. Auflage, Seite 33 erwähnt Vormerkung und Verwahrung.

Die Zuweisung der Entschliessung auf solche Gesuche an den Hypothekenrichter erfolgte lediglich aus justiz-politischen Gründen.

Zu vergl. Grützmann, Dr. Paul, Seite 170 bei Note 35.

b. Seiner rechtlichen Natur nach ist der Antrag auf Vormerkung ein Behelf der streitigen Gerichtsbarkeit.

§ 9.

aa. Begriff der streitigen Gerichtsbarkeit.

Zunächst ist der Begriff der streitigen Gerichtsbarkeit im Gegensatz zur nichtstreitigen festzusetzen. In dieser Richtung gebricht es der Reichsgesetzgebung an einer Bestimmung.

Dieselbe wird der Feststellung durch Landesrecht überlassen.

Motive zu § 1, 2 und 3 des G. V. Gs.

b. *Hahn*, Materialien zum G. V. G., Seite 47 a. E.

Eine gesetzliche Feststellung der Begriffe

streitige und

nichtstreitige (freiwillige)

Gerichtsbarkeit ist in Sachsen nicht vorhanden.

Auch in Litteratur und Praxis herrscht über die Erklärung beider Begriffe keine Uebereinstimmung. Da es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein kann, die in dieser Richtung bestehenden Meinungsverschiedenheiten zu beleuchten, so möge ein kurzer Verweis auf die namhaften Ansichten genügen.

Es finden sich Erklärungen des Begriffes streitiger Gerichtsbarkeit in:

Annalen des Königl. Sächsischen Ober-Appellationsgerichts, Alte Folge III, 300.

Siegmann, *Georg*, Das Königl. Sächsische Grund- und Hypotheken-Recht. Leipzig 1861, Seite 261.

Siegmann. Georg, Hypotheken-Ordnung, Seite 22.

Osterloh, ordentl. bürgerl. Prozess in Sachsen, 3. Auflage Seite 31.

Wach, Handbuch des Civil-Prozesses, Seite 47.

Drechsler im Archiv für civilistische Praxis, Band 62, Seite 405.

Uebel, Zeitschrift für Deutschen Civil-Prozess, Band I, Seite 369.

Gaupp, *Dr. L.*, die Civil-Prozess-Ordnung für das deutsche Reich, Freiburg 1890, Band I, Seite 2—4.

Die zutreffendste Erklärung des Begriffes bürgerliche Rechtsstreitigkeit scheint die zu sein, welche

Wilmowski und *Levy*, Kommentar zur Civil-Prozess-Ordnung, VI. Auflage, Seite 14

geben. Dort wird unter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit verstanden:

„Geltendmachung eines thatsächlich nicht gewährten, wenngleich nicht immer theoretisch bestrittenen Rechts."

Diese Begriffsfeststellung soll der nachfolgenden Erörterung zu Grunde gelegt werden.

§ 10.

bb. Anträge auf Vormerkung von Forderungen mit gesetzlichem Rechtsgrund zur Eintragung.

Durch die Eintragung einer Forderung vermöge gesetzlichen Rechtsgrundes erwirbt der Eigenthümer des belasteten Grundstücks das Recht, gänzliche oder theilweise Freiheit seines Eigenthums mittels der a° negatoria zu verlangen. Er hat einen privatrechtlichen Anspruch auf eine nicht gewährte Leistung — Freiheit seines Eigenthumes von Hypotheken. — Aus dieser Berechtigung des Eigenthümers dem Hypothekengläubiger gegenüber lässt sich, da das Plus in der Regel das Minus in sich schliesst, zum Abgehen von der Regel hier aber kein Grund vorliegt, die gleiche Berechtigung dem gegenüber herleiten, dessen Forderung vorgemerkt ist.

Durch die Bestimmung in § 407 des bürgerl. Gesetzbuches wird dieses Recht des Eigenthümers nicht beeinträchtigt, da die dem Eigenthümer dort eingeräumte Befugniss weniger weitgehende Folgen hat, und lediglich die Möglichkeit bietet, den gleichen Anspruch in einfacherer Form zu verfolgen.

Das Recht, Freiheit seines Eigenthums zu verlangen, hat der Eigenthümer sofort mit der Vormerkung. Hat aber derselbe ein Klagrecht gegen den die Vormerkung Ausbringenden, so ist das zwischen Beiden bestehende Rechtsverhältniss, welches durch den Antrag auf Vormerkung zur Entstehung gekommen ist, ein streitiges, die Beschlussfassung über diesen Antrag Thätigkeit in bürgerlicher Rechtsstreitigkeit.

§ 11.

cc. Anträge auf Vormerkung von Forderungen mit anderem als gesetzlichen Rechtsgrund.

Was die Vormerkung von Forderungen anlangt, deren Eintrag auf Grund einer Willenserklärung des Grundstücks-

eigenthümers erfolgt, so ist zunächst die Bestimmung in § 407 B. G. B. zu beachten, nach welcher dem aus der Vormerkung Berechtigten auf Antrag des Eigenthümers oder eines nachfolgenden Hypothekengläubigers aufgegeben wird, innerhalb bestimmter Frist Eintragung der vorgemerkten Forderung nachzuweisen oder Löschung der Vormerkung geschehen zu lassen. Es ist somit für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks sowie für den nachfolgenden Gläubiger ein Anspruch auf Beseitigung des vorläufigen Zustandes und Herbeiführung eines endgiltigen vorhanden. Dieser Anspruch, aus dem Privatrecht hergeleitet, geht auf eine nicht gewährte Leistung (Freiheit des Eigenthums.)

Erwägt man, dass dieser Anspruch begründet ist mit der Vormerkung der Forderung, dass nach der eben gegebenen Erläuterung im Falle des Vorhandenseins eines privatrechtlichen Anspruchs auf eine nicht gewährte Leistung eine streitige Rechtssache vorliegt, so kommt man zu dem Schlusse, dass mit der Vormerkung zwischen dem, welcher die Vormerkung ausbringt, und dem Grundstückseigenthümer oder einem nachfolgenden Hypothekengläubiger ein streitiges Rechtsverhältniss entstanden ist, dessen Anfang in dem Antrag auf Vormerkung liegt.

Uebrigens sei hier auf die (zufällig?) entsprechende Bestimmung bei den vorläufigen Massregeln der C. P. O. hingewiesen (§§ 806 Abs. 1, 820, 1 am Ende.)

Eine Vormerkung ist zulässig, wenn die Forderung oder der Rechtsgrund zur Eintragung durch unverdächtige Privaturkunden bescheinigt ist. Solchenfalls kann die Eintragung nicht erfolgen, weil die Thatsachen, aus welchen die Forderung oder der Rechtsgrund erhellt, nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form durch öffentliche Urkunden dargethan werden. Aus jeder Privaturkunde wird durch Erfüllung gewisser Bedingungen, bei der jedenfalls der Aussteller der Privaturkunde mit thätig zu werden hat, eine öffentliche. Auf dieses Thätigwerden des Ausstellers der Urkunde — des Schuldners — hat der Gläubiger einen privatrechtlichen Anspruch. So lange nun der Schuldner nicht thätig wird, ist die vom Gläubiger beanspruchte Leistung

nicht gewährt, gleichviel ob der Erstere den Anspruch auf Ausrüstung der Urkunde mit den Erfordernissen einer öffentlichen zu bestreiten gewillt ist oder nicht.

Es muss ferner eine Forderung vorgemerkt werden, wenn der Eintragung derselben ein Hinderniss entgegensteht. So verschiedenartig das Hinderniss auch sein mag, immer wird dessen Vorhandensein auf eine früher rechtliche Thätigkeit des Schuldners oder eines dritten Berechtigten in Bezug auf das Grundstücksfolium zurückzuführen sein.

Auch in diesem Falle hat der Gläubiger, für den die Forderung vorgemerkt wird, einen Anspruch auf eine nicht gewährte Leistung, die durch frühere Wirksamkeit des Dritten verhinderte Eintragung seiner Forderung.

Hier könnte eingehalten werden, diese Begründung treffe nicht zu für den Fall, dass der Gläubiger eben mit Rücksicht auf das vorliegende Hinderniss nicht Eintragung, sondern nur Vormerkung seiner Forderung beantrage, denn solchenfalls sei dem Gläubiger das, was er beansprucht, gewährt.

Dagegen ist geltend zu machen:

Nach sächsischem Rechte ist im Gegensatz zum bayerischen Rechte die Vormerkung kein selbstständiger Rechtsbehelf, insofern als der Antrag auf Vormerkung einer Forderung dann nicht gestellt werden kann, wenn die Eintragung zulässig ist.

Wengler, Archiv, Band II, Seite 349 ff.

Daraus folgt, dass in allen Fällen, in denen auf Vormerkung einer Forderung angetragen wird, der Berechtigte einen Anspruch auf eine nicht gewährte Leistung — die Eintragung — hat und mit Beschränkung seines Antrags auf die Vormerkung lediglich den seinem Antrag entgegenstehenden Anspruch des Dritten, bez. die Thatsache des Entgegenstehens berücksichtigt.

Hervorgehoben mag hier am Schlusse noch werden, dass die vorstehenden Ausführungen sich lediglich beziehen auf das Verfahren behufs Anordnung einer Vormerkung.

c. Die Vorschriften der Civil-Prozess-Ordnung und des Gerichts-Verfassungsgesetzes.

§ 12.

aa. Allgemeines.

Nach § 3 des Einführungs-Gesetzes zur C. P. O. hat dieselbe auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung zu leiden, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören. Ordentliche Gerichte sind — § 12 des G. V. Gs. — die Amts-, Land-, Oberlandesgerichte und das Reichsgericht.

Von diesen Gerichten werden alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entschieden, mit Ausnahme derjenigen, für welche

a. Zuständigkeit vor Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist,

b. reichsgerichtlich besondere Gerichte zugelassen oder bestimmt sind. — §§ 13, 14 G. V. G.

Keine der beiden Ausnahmen greift für das Verfahren behufs Anordnung einer Vormerkung Platz.

Als vorläufige Sicherheitsmassregel kennt die C. P. O. den Arrest und die einstweilige Verfügung. Nach übereinstimmender Ansicht der Litteratur und Praxis sind Vormerkungs-Anträge, soweit sie überhaupt der C. P. O. unterstellt werden, Anträge auf einstweilige Verfügungen.

Der Vorbehalt, welcher nach § 16, Ziffer 4 des Einführungs-Gesetzes zur C. P. O., der Landesgesetzgebung gemacht worden ist, erstreckt sich nur auf die Voraussetzungen, unter denen in besonderen Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, nicht aber auf das diesfalls einzuschlagende Verfahren,

> Entscheid. des Reichsgerichts in Civil-Sachen, Band XI, Seite 279.

und es bewendet deshalb für die Voraussetzungen der Anträge auf Erlass einer die Vormerkung anordnenden einstweiligen Verfügung allenthalben bei dem bisherigen Recht.

§ 13.

bb. Zuständigkeit für Entschliessung auf Vormerkungsanträge.

Das zur Entschliessung über derartige Anträge zuständige Gericht ist

1. das Gericht der Hauptsache, — §§ 816, 821 C.P.O. — d. i.
   a. das für den Anspruch zuständige Gericht erster Instanz,
   b. das Berufungsgericht, sofern die Sache in der Berufungsinstanz anhängig und ein Urtheil in derselben noch nicht verkündet ist.

      Zu vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, VI. Band, Seite 414,

2. in dringenden Fällen
   a. dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk der Streitgegenstand sich befindet (§ 820 C. P. O.),
   b. der Vorsitzende des zuständigen Kollegialgerichts (§ 822 C. P. O.).

Demnach sind die Amtsgerichte, die Civilkammern der Landgerichte und die Civilsenate der Oberlandesgerichte, sowie der Vorsitzende der beiden letzteren zur Anordnung von Vormerkungen zuständig.

Insoweit das Amtsgericht nicht Gericht der Hauptsache ist, ist seine Zuständigkeit eine subsidiäre, nur für dringende Fälle begründete. Daher ist das einschlägige Verfahren vor den Amtsgerichten verschiedenen Beschränkungen unterworfen.

Bei den vorläufigen Massnahmen ist von der Schnelligkeit ihrer Anordnung der Erfolg derselben abhängig. In fast allen hierher gehörigen Fällen wird es sich um Summen handeln, welche die Zuständigkeit der Landgerichte begründen. Ein Angehen des örtlich meist weiter entfernten, vermöge seiner kollegialen Verfassung nur nach längeren Pausen arbeitenden Landgerichts wird aber oft keinen Erfolg haben, weil vom Abgang des Antrages bis zum Eingang der Anordnung zu viel Zeit verstreicht.

Wie aus § 404, Abs. 2 B. G. Bs. erhellt, hat das Gesetz selbst die Dringlichkeit der hierher gehörigen Anträge anerkannt. Es wird demgemäss in allen hier einschlagenden Fällen die Zuständigkeit desjenigen Amtsgerichts begründet sein, in dessen Bezirk die Grundstücke liegen, auf deren Folien die Forderung vorgemerkt werden soll.

Auf die Anträge hat der Amtsrichter in seiner Eigenschaft als Prozessrichter Entschliessung zu fassen. Da jeder Amtsrichter das Amtsgericht in seiner vollen gerichtsverfassungsmässigen Zuständigkeit vertritt,

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen I. 235,

so wird darüber, welchem von mehreren Richtern die Entschliessung auf die Vormerkungsanträge zustehen soll, bei der Geschäftsvertheilung Bestimmung zu treffen sein. Empfehlen dürfte es sich, dieselben dem Hypothekenrichter zu überweisen.

cc. Verfahren.

§ 14.

I. Antrag.

Der Antrag, welchem die Bescheinigung von Forderung und Rechtsgrund zur Eintragung durch Urkunden — § 16, 4 Einführungsgesetz zur C. P. O. verbunden mit § 404 des bürgerlichen Gesetzbuchs — beigefügt werden muss, kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden. § 800, 815 C. P. O. Aus der letzteren Bestimmung folgt Fortfall des Anwaltszwanges auch in landgerichtlichen Sachen.

Fraglich könnte sein, ob die Bestimmung in § 404, Satz 2 B. G. B. in Geltung verblieben ist oder nicht. Die Frage ist zu bejahen, weil jene Bestimmung nichts weiter, als eine Dienstanweisung für den über das Eintragsgesuch beschliessenden Richter ist, und die C. P. O. davon ausgeht, das Gesuch um einstweilige Verfügungen an eine bestimmte Form nicht zu binden.

§ 15.

II. Entschliessung des Gerichts.

Während nach § 801, Abs. 1 C. P. O. bei Anordnung des Arrestes das Erfordern vorgängiger Verhandlung schlechthin in

das Belieben des Richters gestellt ist, ist bei Anordnung einstweiliger Verfügungen von dem Vorangehen mündlicher Verhandlung nur in dringenden Fällen abzusehen — §§ 816, 820, Abs. 1 und 3, § 822 C. P. O. — Alle hierher gehörigen Fälle sind zwar dringlich und es wird Anordnung der einstweiligen Verfügung auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung die Regel bilden, immerhin ist aber die dem Richter gebotene Füglichkeit der Anordnung mündlicher Verhandlung zu berücksichtigen.

Die Entscheidung des Gerichts der Hauptsache ist, je nachdem mündliche Verhandlung vorangeht oder nicht, Endurtheil oder Beschluss, die des subsidiär zuständigen Amtsgerichts stets Beschluss.

§ 820, Abs. 3. Anm. i. Wilmowski u. Levy, Komm. z. C. P. O., Aufl. 3, Seite 939.

Von dem Antragsteller nach § 801 C. P. O. am Ende eine Sicherheitsleistung zu verlangen, erscheint nach § 16, 4 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. unzulässig.

Der die einstweilige Verfügung anordnende oder ablehnende Beschluss ist dem Antragsteller von Amtswegen zuzustellen. Gegen den letzteren hat er das Rechtsmittel der Beschwerde.

Wilmowski u. Levy, Anm. 5 zu § 800 C. P. O.

Die Vorschriften über das Versäumnissverfahren finden entsprechende Anwendung. Wird dem Antrag auf Erlass einer die Vormerkung anordnenden einstweiligen Verfügung entsprochen, so hat

a. das Gericht der Hauptsache, bez. dessen Vorsitzender, dafern die Hauptsache noch nicht anhängig ist, auf Antrag des Gegners auch ohne mündliche Verhandlung anzuordnen, dass der Ausbringer der einstweiligen Verfügung auf Vormerkung einer Forderung binnen einer bestimmten Frist Klage erhebt.

b. das Gericht in allen Fällen seiner subsidiären Zuständigkeit eine Frist zu bestimmen, innerhalb welcher der Antragsteller den Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung vor

das Gericht der Hauptsache zu laden hat. C. P. O. § 820 1.

Gegen den Beschluss, durch welchen das Gericht der Hauptsache einstweilige Verfügung anordnet, findet Widerspruch statt §§ 815, 804, 1 C. P. O., in Verbindung mit welchem der Widersprechende den Antragsteller zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung unter Mittheilung der Gründe, welche er für Aufhebung der einstweiligen Verfügung geltend machen will, zu laden hat. §§ 815, 814, 2 C. P. O.

Unzulässig ist der Widerspruch, wenn das Amtsgericht auf Grund seiner subsidiären Zuständigkeit eine einstweilige Verfügung erlassen hat, weil solchenfalls über die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung vor zwei verschiedenen Gerichten verhandelt werden würde.

Ist in dem Falle zu a die Klage, in dem zu b die Ladung über die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung nicht rechtzeitig zugestellt, so ist auf Antrag die Aufhebung der einstweiligen Verfügung auszusprechen.

Ueber die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung ist durch Endurtheil zu entscheiden.

Die ergehenden Urtheile sind der Rechtskraft fähig und mit dem Rechtsmittel der Berufung anfechtbar.

Durch diese Bestimmungen sind die Vorschriften in § 407 des Bürgerlichen Gesetzbuches, §§ 216, 217, 221, 222 der Gerichtsordnung allenthalben ersetzt.

§ 16.

III. Vollzug der auf Vormerkung gerichteten einstweiligen Verfügung.

Der Vollzug ist nach der C. P. O. abhängig von vorheriger Zustellung der Verfügung an den Gegner und unzulässig, sobald seit der Zustellung des Beschlusses an den Ausbringer bez. der Verkündung des Urtheils 14 Tage verflossen sind.

Die nach § 809 Abs. 2 verb. mit § 189 Abs. 2 C. P. O. offenbar vorhandene Lücke im Gesetz ist nunmehr ausgefüllt.

— Reichs-Gesetz vom 30. April 1886, nach welchem Vollzug der einstweiligen Verfügung vor Zustellung erfolgen kann.

Einer Vollstreckungsklausel bedürfen Beschlüsse und Urtheile nur, dafern auf des Schuldners Seite Rechtsnachfolge eingetreten ist.

Nach §§ 811, 815 C. P. O. richtet sich die Vollziehung der einstweiligen Verfügung in Immobilien nach den Landesgesetzen. Das Königl. Sächsische Gesetz vom 27. Januar 1882 bezieht sich lediglich auf die Vollziehung des Arrestes in das unbewegliche Vermögen, es sind deshalb für Vollzug der auf Vormerkung gerichteten einstweiligen Verfügung die Bestimmungen der Gerichtsordnung nach wie vor massgebend.

Dem Hypothekenrichter sind die zur Rechtfertigung des Antrages erforderlichen Unterlagen vorzulegen, demnach zu überreichen:

— ev. vollstreckbare — Ausfertigung des die einstweilige Verfügung anordnenden Urtheils oder Beschlusses.

Da die Voraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung in Immobilien nach der C. P. O. geregelt sind, dem Landesgesetze lediglich die Form der Vollstreckung überlassen ist, zu den nach der C. P. O. vollstreckbaren Titeln aber ein Rechtsmittel gegen Ablehnung des Antrags auf einstweilige Verfügung nicht gehört, so kann ein Rechtsmittel gegen Ablehnung des Vormerkungsantrags nicht mehr verlautbart werden.

Gegen die Entschliessungen des Hypothekenrichters steht dem Antragsteller die Beschwerde zu, über welche von dem Königl. Oberlandesgerichte zu entscheiden ist.

§ 17.

D. Einfluss der Konkursordnung.

Nach § 408 des bürgerlichen Gesetzbuchs kann ein Rechtsgrund zur Eintragung einer Hypothek nicht mehr geltend gemacht werden, wenn nach Vormerkung der Forderung ein allgemeines Veräusserungsverbot in das Grundbuch eingetragen wird.

Ein Veräusserungsverbot auf Grund sächsisch rechtlicher Bestimmungen kann nun aber nach dem Inkrafttreten der Konkurs-

Ordnung weder erlassen noch in das Grundbuch eingetragen werden.

§ 4 Einführungs-Gesetz zur Konkurs-Ordnung

Ann. des Oberlandesgerichts, I. Band, Seite 72.

Da Eintrag eines Veräusserungsverbotes nothwendige Folge der Konkurseröffnung war, so will die oben angeführte Gesetzesbestimmung sagen, dass nach Eröffnung des Konkurses eine vorgemerkte Forderung nicht mehr eingetragen werden kann.

Zufolge der Bestimmung in § 12 der K. O. können Hypothekenrechte nach Eröffnung des Konkursverfahrens an den Immobilien des Gemeinschuldners nicht mehr erworben werden. Nach sächsischem Rechte wird die Hypothek mit der Eintragung erworben. Es folgt daraus, dass § 12 d. K. O. die Bestimmung in § 408 B. G. Bs. wiederholt, die letztere somit aufgehoben ist.

Wird nach § 98 der Konkursordnung ein allgemeines Veräusserungsverbot erlassen, das nach §§ 114, 5. 133, 4 der Gerichtsordnung in der zweiten Rubrik des Grundbuchs eingetragen wird, so ist zu unterscheiden, ob der Erlass öffentlich bekannt gemacht wird oder nicht.

Im letzteren Falle würde Eintragung einer vorgemerkten Forderung erfolgen können und das erworbene Pfandrecht lediglich auf Grund von § 23 der Konkursordnung eventuell anfechtbar sein. Im ersteren Falle würde die freiwillig gewährte Eintragung der vorgemerkten Forderung gleichfalls nur anfechtbar, die durch Zwangsvollstreckung erlangte den Konkursgläubigern gegenüber nichtig sein.

§ 18.

E. Einfluss des Königl. Sächsischen Gesetzes vom 15. August 1884.

Nach dem früheren Sächsischen Rechte erloschen mit dem Eintrag der Zwangsversteigerung sämmtliche auf dem versteigerten Grundstücke haftenden Hypotheken. § 452 des B. G. Bs.

Wie oben § 4 darzuthun versucht worden ist, enthält die Bestimmung in § 406 des B. G. Bs., nach welcher die Wirkung der

Vormerkung nicht gegen Den geht, der das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung erworben hat, nur eine ausdrückliche Wiederholung der Vorschrift in § 452 des B. G. Bs.

Das Gesetz vom 15. August 1884 hat mit dem in § 452 des B. G. Bs. aufgestellten Prinzipe gebrochen und es erübrigt die Frage, ob damit auch die Bestimmung in § 406 des B. G. Bs. aufgehoben sei. Dieselbe ist zu verneinen.

Nach § 10 verbunden mit § 16 des angeführten Gesetzes hat der Ersteher, dem das Grundstück nur zugeschlagen wird um einen Preis, welcher den Gesammtbetrag der der Forderung des betreibenden Gläubigers vorangehenden und bei der Vertheilung des Kaufpreises zu berücksichtigenden Ansprüche zuzüglich der Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens übersteigt, die hypothekarischen Schulden, welche im Range der Forderung des betreibenden Gläubigers vorangehen, zu übernehmen.

Schon aus dem Ausdrucke:

„hypothekarische Schulden"

scheint nothwendiger Weise zu folgen, dass die vorgemerkte Forderung, die eine hypothekarische Schuld eben noch nicht ist, keinesfalls mit zu übernehmen ist.

Dieser Schluss lässt sich andererseits auch aus den Principien des Gesetzes ziehen. Durch Berücksichtigung der Vormerkung bei dem Zwangsversteigerungsverfahren müsste sich die Zahl der bedingten Anweisungen erheblich vermehren. Damit würde aber das Verfahren wesentlich complicirt werden.

Wird die vorgemerkte Forderung aber nicht mit übernommen, so ist keine Füglichkeit vorhanden, gegen den neuen Erwerber aus der Vormerkung irgend welche Ansprüche herzuleiten, Ansprüche, die ein Mehr von ihm verlangten, als er zu leisten sich verpflichtet hat. Das Zwangsversteigerungsgesetz hält also an der Bestimmung fest, dass gegen den Erwerber des Grundstückes im Wege der Zwangsversteigerung die Wirkung der Vormerkung nicht geht und es ist nur der Zeitpunkt des Erlöschens der Wirkung einer Vormerkung verschoben. — Vgl. oben § 4. —

Da die eingetragene, nicht aber die vorgemerkte Forderung zu übernehmen ist, die vorgemerkte jederzeit eingetragen werden kann, ein ordnungsgemässes Versteigerungsverfahren aber nur dann möglich ist, wenn die Höhe des Mindestgebots bereits vor dem Versteigerungstermine genau bestimmt ist, so war, um Weiterungen zu vermeiden, Feststellung eines Zeitpunktes nöthig, bis zu welchem die vorgemerkte Forderung, sollte sie im gegenwärtigen Versteigerungsverfahren Berücksichtigung mit dem vorgemerkten Range finden, eingetragen, und dass dies geschehen, dem Gerichte nachgewiesen sein musste.

Die einschlagende Vorschrift findet sich in § 8 des angeführten Gesetzes, wonach vorgemerkte Forderungen bei Vertheilung des Kaufpreises und demnach auch bei Feststellung des Mindestgebotes Berücksichtigung nicht finden, ausser wenn die Eintragung dem Vollstreckungsgericht bis zum Schlusse des Anmeldetermins nachgewiesen worden ist. Aus den vorstehenden Bemerkungen, wie auch aus der Stellung des § 8 im Gesetze unter dem Abschnitte:

„Rechte der Gläubiger an dem Erlöse des versteigerten Grundstückes“

folgt, dass mit § 8 nur diejenige Wirkung der Vormerkung hat geregelt werden sollen, die bei der Vertheilung des Kaufpreises bez. bei der Feststellung des Mindestgebots in Frage kommt, dass dagegen die übrigen Wirkungen derselben bis zu dem Erlöschen gewahrt bleiben.

Vergl. *Schurig*, Subhast.-Ordnung Seite 62 und 63.

Die Wirkung der Vormerkung wird nur in dem anhängigen Versteigerungsverfahren in der angegebenen Weise beschränkt. Nach Wiederaufhebung des Verfahrens, nicht minder auch im fortgesetzten Verfahren ist Eintragung der vorgemerkten Forderung mit dem Range der Vormerkung zulässig.

Wird der Nachweis des Eintrags einer Vormerkung dem Vollstreckungsgerichte erst nach Schluss des Anmeldetermins erbracht, so wird die Forderung nur mit dem der Zeit ihrer Eintragung — nicht des Nachweises — entsprechenden Range in Ansatz gebracht.

Des Nachweises der Eintragung bedarf es nicht, wenn das Vollstreckungsgericht und die Hypothekenbehörde identisch sind.

Nach

§ 5 Abs. 2 der Verordnung vom 16. August 1884

hat die Hypothekenbehörde dem Vollstreckungsgerichte von jeder Eintragung auf dem zur Zwangsversteigerung stehenden Folium Mittheilung zu machen, welche jedenfalls den erforderlichen Nachweis erbringt, eigene Thätigkeit des Gläubigers in dieser Richtung aber um so weniger ausschliesst, als die unterlassene Benachrichtigung dem Gläubiger die Füglichkeit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu verlangen, nicht giebt.

Erwähnt sei noch, dass im Falle der Zwangsversteigerung zu den Vormerkungen in der Anmerkungsspalte

„Zwangsversteigerungsverfahren eingeleitet,
Rubr. II, No. . . .“

einzuschreiben — § 6 der Verordnung vom 16. August 1884 — und dass der vorgemerkte Gläubiger auf die Bestimmung in § 8 des angeführten Gesetzes bei Zustellung der Bekanntmachung von der Zwangsversteigerung zu verweisen ist. — § 20 der Verordnung vom 16. August 1884.

§ 19.

F. Die Vormerkung im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Wenngleich in den Rahmen dieser Arbeit nicht eigentlich eine Erörterung gehört, welche Bestimmungen über Vormerkung von Forderungen die Entwürfe zu einem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich aufgenommen haben, so soll doch der Vorschläge in den Entwürfen kurz gedacht werden.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass beide Entwürfe den Begriff der Vormerkung dem sächsischen Recht gegenüber wesentlich erweitert haben, indem sie **alle vorläufigen Einschreibungen** als Vormerkungen bezeichnen.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Lesung § 844, § 845, § 1085. II. Lesung §§ 803—806, § 1047.

Der Entwurf I. Lesung hat die hier behandelte Vormerkung gar nicht aufgenommen, weil dem Anspruche auf Einräumung einer Hypothek im Wege des Arrestes und der einstweiligen Verfügung genügt werden kann und weil dem Institute schwerwiegende Bedenken entgegenstehen.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Band III, Seite 237, besonders Seite 240 unter II.

Theoretisch mag der Standpunkt der I. Lesung wohl begründet sein, für das praktische Leben würde er zu manchem Rechtsnachtheil für den Gläubiger Veranlassung gewesen sein.

Nach dem Entwurf II. Lesung sind Vormerkungen zulässig zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes, also auch eines Pfandrechtes, an einem Grundstücke. Danach ist die Vormerkung im Sinne dieser Arbeit wieder aufgenommen. Sie wird im Wege einstweiliger Verfügung erwirkt, und es ist nicht erforderlich, dass Gefährdung des Anspruchs glaubhaft gemacht wird. Vormerkung erfolgt auch auf Grund Antrags der Betheiligten. Z. vgl. § 803 ff. Entwurf II. Lesung.